

POR DON AGVSTIN DEL ADARVE Y Cardenas, y don Tomas del Adarve su hijo.

(✱) EN EL PLEYTO (✱)

Con don Gaspar del Adarve y Cardenas, escriuano de Camara de la Real Chançilleria de la ciudad de Granada, vezinos de ella.

En Granada. En la Imprenta Real. Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar, á la entrada de la calle de Elvira, en la calleja del Correo viejo, año de 1650.

Num. 1.
El pleyto es en el juyzio de la possessiõ de dos mayorazgos, vno principal, y otro agregado.

Num 2.
Los litigãtes son todos descendientes de el abuelo de los fundadores, y solo se diferencian en no ser legitimo don Agustin.

Num. 3.
Don Gaspar pretende, que no son de eleccion, y aunque lo seã, el vltimo posseedor no pudo elegir al descendiente, natural, ò espurio, y dexar a el legitimo, y lo mismo contra don Tomas, q̃ aunque es legitimo, prouenit ex illegitimo.

Num. 4.
Don Agustin pretende que son de elecciõ, y que don Alonso le pudo elegir siendo natural, y aunque fuesse espurio.

Num. 5.
Don Tomas pretende, que quando no pudiera elegir a su padre, pudo en su defeto elegirle, por ser legitimo.

ESTE pleyto es, en el juyzio possessorio, sobre la sucession de los dos mayorazgos, principal, y agregado que fundaron don Gaspar del Adarve, y don Melchor del Adarve su hermanò.

Los litigantes son todos descendientes de Gaspar del Adarve, abuelo de los fundadores, y solo se diferencian, en que el dicho don Gaspar que litiga es legitimo y natural: empero el dicho don Agustin es hijo natural tan solamente. Y por parte de don Gaspar se pretende, que es espurio, hijo de casada, y de soltero, y que aunque los mayorazgos sean de eleccion, no se pudo elegir el natural, y dexar el descendiente legitimo y natural, y mucho menos siendo espurio. Y que lo mismo procede en quanto a don Tomas su hijo, porque aunque es legitimo y natural, y de legitimo matrimonio, dize prouiene ex radice infecta, por ser hijo del dicho don Agustin, que no fue legitimo.

De contrario por parte del dicho don Agustin se pretende, que los dichos dos mayorazgos son de eleccion, y que don Alonso del Adarve, vltimo posseedor de ellos, tuuo facultad de elegir a quien le pareciesse de los descendientes de Gaspar del Adarve su abuelo, y que assi pudo elegir como eligió a el dicho don Agustin, y en su defeto a don Tomas su hijo, si quiera sea, ó no el dicho don Agustin natural, ó espurio, puesto que es hijo de don Lazaro de Adarve, hermano legitimo y natural del dicho don Gaspar, y todos descendientes de Gaspar del Adarve, abuelo de los fundadores, y vltimo posseedor.

Y para mas clara inteligencia se referirán las clausulas, en que consiste la determinacion de este pleyto, y despues de ellas en breue el hecho del.

Don Gaspar del Adarve, vezino que fue de la ciudad de Luzena, tuuo dos hermanos, que fueró, don

don Melchor, y don Alonso, todos tres hijos de Iuan del Adarve, y nietos de Gaspar del Adarve.

Num. 6. *Propone referir las clausulas, y el hecho.*

Y por el testamento con que murió el dicho dó Gaspar, su fecha en onze de Setiembre de 1629. siendo moço soltero, y teniendo vn hijo natural, fundó mayorazgo de sus bienes, con clausula que dize en esta manera.

Num 7. *Clausula de la fundacion del mayorazgo principal que dexò don Gaspar.*

Item, mando, y es mi voluntad, que todos mis bienes, titulos, derechos, y acciones que quedaren por mi señalados se haga e instituya vn vinculo y mayorazgo con los llamamientos, probibiciones de enagenacion, y prescripcion que hiziere, y nombrare, y pusiere el dicho Licenciado don Melchor del Adarve mi hermano, a el qual doy tan bastante y cumplido poder como es necessario, e yo le tengo para poder hazer y declarar en todo tiempo, sin limitacion, ni termino.

Con tanto, que el primer sucessor de este vinculo y mayorazgo sea don Melchor del Adarve mi hijo natural, auido en muger soltera, que por su calidad y reputacion no declaro ni digo aqui su nombre, el qual quiero que goze y lleue los frutos de los dichos bienes por todos los dias y años de su vida, y despues de ella, los ayan y lleuen el hijo, ò hija mayor que quedare por su fin y muerte, prefiriendo el mayor a el menor, y el varon a la hembra, y de esta forma sucedan los demas nietos y descendientes del dicho mi hijo.

Y si el dicho don Melchor mi hijo natural muriere sin dexar hijos legitimos, ò qualquiera de sus descendientes, quiero, y es mi voluntad que suceda en el dicho vinculo, y bienes del, el Licenciado don Melchor del Adarve mi hermano, y haga, y disponga de ellos a su voluntad para fin de sus dias. Y en este caso, que es faltando toda la sucesion legitima del dicho mi hijo, pueda hazer y disponer de ellos el dicho don Melchor desde luego, haziendo los llamamientos y sucessiones de el en los descendientes del dicho mi padre. Y a falta de ellos en los descendientes de Gaspar del Adarve mi abuelo paterno, que viue en la ciudad de Granada. Y a falta de ellos ha de poder disponer de los dichos bienes y vinculo el dicho don Melchor en los parientes de mi linage, que eligiere, y nombrare el dicho mi hermano, con todas las clausulas, llamamientos, probibiciones de enagenacion, y penas que les pareciere, que para todo ello le doy el dicho poder con li-

bre

bre y general administracion, porque fio de su persona lo dispondrá como mas convenga para el servicio de Dios, y conforme mi voluntad.

Num. 8. *Premurió el hijo natural de don Gaspar, y llegò el caso de suceder don Melchor.*

Auiendo premuerto el hijo natural de don Gaspar, llegó el caso de suceder don Melchor, hermano del fundador, el qual en veynte y ocho de Agosto de 1641. por clausula del testamento con que murió dize en esta manera.

Num. 9. *Clausula de la disposicion de dō Melchor en virtud de la comission de su hermano, y como fundador del mayorazgo agregado.*

Item, declaro, que yo posseo el vinculo y mayorazgo que fundó don Gaspar del Adarve mi hermano, a el qual, cō los mesmos llamamientos, disposiciones, y reglas, segun, y como se dispone en la voluntad del dicho don Gaspar, agrego y acreciento los bienes siguientes, &c. Item, todos los demas bienes rayzes y censos que se hallaren por mi fin y muerte, que de todo ello primero y ante todas cosas se ha de hazer inventario judicial y solemne por ante Fernando Martinez, y escriuano publico de los Reynos en Luzena.

En los quales dichos bienes, y en el remaniente de todos los que quedaren por mi fin y muerte, muebles, rayzes, derechos, y acciones, cumplidas y pagadas todas las mandas y legados en este mi testamento contenidos, dexo, nombro, e instituyo por mi heredero vniuersal a el dicho vinculo que posseo, y fundò el dicho don Gaspar del Adarve mi hermano, a quien agrego todo lo dicho, para que anden todos juntos, e incorporados, y debaxo de las clausulas y condiciones de su fundacion, prohibicion de enagenacion, llamamientos, y sucessiones, y demas clausulas, condiciones, cargas, y grauamenes contenidos en la fundacion del dicho vinculo, los quales he aqui por insertos y declarados de verbo ad verbum, para que se guarden y cumplan en quanto a los bienes que agrego e incorporo en el dicho vinculo, y de que le hago y fundo segun y en la forma que se deuen obedecer, cumplir, y guardar los del vinculo y mayorazgo fundado por el dicho mi hermano, para cuyo gozo, y por primer posseedor llamo e instituyo por primer posseedor a el dicho don Alonso del Adarve mi hermano, y a sus sucessores, por lo forma y orden que estan llamados en el dicho primer vinculo y mayorazgo fundado por el dicho don Gaspar nuestro hermano.

Num. 10. Auiendo muerto el dicho don Melchor debaxo de

de esta disposicion, sucedió en estos mayorazgos, principal, y agregado el dicho don Alonso del Adarve, hermano de los dichos fundadores, el qual por el testaméto in scriptis cerrado, con que murió, hizo eleccion y llamamiento de sucessores a los dichos mayorazgos, ita sic:

3 *Don Alonso sucedió en ambos mayorazgos con la misma facultad y comissión que tuvo don Melchor.*

Declaro, que yo posseo el vinculo y mayorazgo que fundò don Gaspar del Adarve mi hermano, a el qual agregò toda su hazienda don Melchor del Adarve mi hermano con las mismas clausulas del dicho vinculo, como consta de su testamento otorgado ante Francisco de Cartagena, escriuano publico de la villa de Madrid, en ella a veynte y ocho de Agosto de 1641. y el testamento del dicho don Gaspar, otorgado ante Fernando Martinez, escriuano publico de la ciudad de Luzena, en ella en onze de Setiembre de 1629. años.

Num. 11. *Disposicion de don Alonso, y vsando de la comission y facultad de elegir y nombrar, elige a vn postumo hijo suyo natural, si saliere a luz, y en su defeto a don Agustin, y a falta de don Agustin, a don Tomas su hijo.*

Y vsando de la facultad que tengo por los dichos testamentos para elegir sucessor, y lo demas contenido en ellos, digo, que yo he tenido comunicacion con doña Mariana de Contreras, viuda de Luys de Ortega, hija de doña Ana Matias, que a el presente viue junto a la placeta de Iodar, la qual está preñada de pocos dias, lo que naciere de ella desde aora para entonces lo reconozco por mi hijo, ó hija natural, y lo nombro por sucessor, ò sucessora en el dicho vinculo y mayorazgo, y en todo lo a el agregado por el dicho don Melchor mi hermano, y a sus hijos y descendientes del dicho mi hijo, ò hija, conforme a los llamamientos regulares de la fundacion.

Y si el dicho mi hijo, ò hija que naciere muriere sin dexar hijos, nombro para la dicha sucession del dicho mi mayorazgo a don Agustin del Adarve, hijo natural de don Lazaro del Adarve, y despues de sus dias a don Tomas del Adarve su hijo, y a sus descendientes.

Y si muriere sin hijos, a don Agustin del Adarve, hijo del dicho don Agustin, y a sus descendientes.

Con declaracion, que los dichos tres nombrados, padre, e hijos, tengan obligacion a dar de la renta del dicho mayorazgo quatro mil ducados de dote para casar a cada vna de las dichas hijas que tiene y tuuiere el dicho don Agustin, hijo del dicho don Lazaro.

Y si los dichos padre, e hijos Varones murieren sin dexar hijos legitimos, nombro para la sucession del dicho mayorazgo a doña Ynes de Leyva, nieta de doña Luysa del Adarve, que fue hermana de mi padre, y a sus hijos y descendientes, y a falta deellos a los hijos, hembras, y descendientes del dicho don Agustin, hijo del dicho don Lazaro del Adarve.

Y a falta de ellos a don Alonso y don Melchor de Leyva, hermanos de la dicha doña Ynes de Leyva, que a el presente estan en Indias.

Con condicion, que para auer de suceder en el dicho mayorazgo han de venir a habitar en esta ciudad de Granada, y todos los que sucedieren han de lleuar adelante el apellido de Adarve.

Y si el dicho don Agustin de Adarve tuuiere mas hijos varones de los referidos, quiero que sean preferidos en la dicha sucession a la dicha doña Ynes de Leyva, y a sus hermanos, para que se conserve la varonia de mi linage.

Num 12. *Refiere el hecho del pleyto.*

Por muerte del dicho don Alonso, vltimo possoedor, entró pidiendo possession don Gaspar del Adarve, como descendiente del abuelo de los fundadores, en virtud de los dos primeros testamentos de que se ha hecho mencion, el vno de don Gaspar, y el otro de don Melchor, y se le mandó dar y dió sin perjuyzio de tercero.

Por otra parte don Agustin del Adarve, por no auer salido a luz el preñado de doña Mariana, contradixo la dicha possession, y pidió se le diesse judicialmente la actual, porque auia llegado el caso de su eleccion y llamamiento, con que se le auia transferido la possession ciuil y natural por ministerio de la ley 45. de Toro.

En este juyzio possessorio, de que se trata entre los dichos don Gaspar, y don Agustin, ambos litigantes, han hecho prouanças, y presentado papeles y escrituras. La parte de don Gaspar, en orden de legitimar su persona, y de prouar, que aunque don Agustin fue hijo de don Lazaro del Adarve su hermano, fue siendo casada la madre de el dicho don Agustin, muger que fue del Alferez Francisco Barona.

Y la

Y la parte de don Agustin, en orden de prouar como su madre era viuda, y que fue hijo natural de don Lazaro del Adarve, y por tal hijo natural, auido en la susodicha siendo viuda, lo reconoció y declarò por el testamento con que muriò, en que le dexò quatro mil ducados vinculados como a hijo suyo natural, y que sobre esto tiene vencido a don Gaspar en vn pleyto que siguiò sobre la cobrança de lo que le dexó don Lazaro su padre. Y presenta otros instrumentos en orden de prouar como es hijo natural, de los quales abaxo se harà mencion.

Y tambien prouò el dicho don Agustin, como tiene por sus hijos legitimos y naturales, auidos de legitimo matrimonio, a el dicho don Tomas, que ha salido a este pleyto coadjuuando el derecho de su padre, y que quando lugar no huuiesse, la eleccion de su padre se ha de sustentar en el susodicho, en quien concurre la calidad de varon legitimo y natural, y declarar auer passado en el susodicho la possession ciuil y natural, y mandarle dar la actual judicialmente.

De este hecho resulta el auer de fundar seys resoluciones en derecho de parte de don Agustin, y de su hijo.

Num. 13. *Diuide los fundamentos en seys resoluciones de derecho.*

La primera, que los dichos don Melchor, y don Alonso su hermano, primeros llamados en los dichos mayorazgos, fueron comissarios vniuersales con plena facultad de poder elegir y nombrar sucessores, guardando el orden que guardò don Melchor, eligiendo en primer lugar a su hermano, por ser del primer grado de los que auia de elegir, como descendiente de su padre; y el que guardó don Alonso en elegir sucessores del segundo grado de los descendientes del abuelo, por auer fenecido en don Alonso los del primer grado, descendientes del padre.

Segunda resolucion, que don Alonso no solo tuuo facultad de elegir como comissario, si no tambien como sucessor, por ser ambos mayorazgos de eleccion real entre los sucessores, con orden de elegir de los del primer numero, y segundo grado, que son los descendientes del abuelo de los fundadores,

dores, y acabados estos, de los de tercero grado, que son, los parientes transversales del linage de los fundadores.

Tercera, que don Alonso, como comissario, y como sucessor, y vltimo posseedor, que tuuo plena facultad de elegir, pudo, dexando y omitiendo el legitimo, elegir y nombrar al descendiente natural, y que assi pudo dexar a don Gaspar, y elegir a don Agustin, como a descendiente natural de su abuelo.

Quarta, que don Agustin es hijo natural de don Lazaro, hermano de don Gaspar del Adarve, sin embargo de lo que se le opone por don Gaspar.

Quinta, que aunque don Agustin fuera espurio, hijo de soltero, y de muger casada, le pudo elegir el dicho don Alonso, omitiendo el legitimo, de la misma manera que los mismos fundadores pudieran llamarlo, y fundar en su cabeça los dichos mayorazgos, porque semejante especie de espurio no es incapaz de poder suceder ex testamento, y por disposicion de los parientes de padre.

Sexta, & vltima resolutio, que en qualquier acontecimiento, y en defeto de no auer podido elegir don Alonso a el dicho don Agustin, pudo elegir como eligiò para despues de su padre a el hijo legitimo y natural de el dicho don Agustin.

Resolutio Prima.

Num. 14. *Propone la resoluciõ primera.*

¶ Don Melchor y don Alonso del Adarve fueron comissarios vniuersales para ordenar, declarar, testar, y disponer, y nombrar sucessores en orden de la fundacion del dicho mayorazgo, principal, y agregado.

Num. 15. *El executor, como albacea, y el comissario vniuersal, se diferencian de la misma suerte que el mero y mixto executor.*

Esta resolucion de que fueron comissarios vniuersales para todo lo tocante a la fundacion y nõbramiento de los sucessores se prueua, porque entre las especies de executores de la voluntad de los testadores es vna la del comissario vniuersal, a quien el testador dá poder y comission para ordenar, declarar, destribuyr, testar, ó disponer, y nombrar sucessores in perpetuum, ò segun lo que pide la

la naturaleza de la disposicion que se le comete, como latamente lo funda el Doctor Francisco Carpio de executor. & commissar. testament. lib. 1. cap. 1. num. 23. 37. & 38. adonde lo compara a el executor mixto, qui cognitionem aliquam propriam habet, idest, dispositionem, distributioné, & arbitrium, ad hoc, vt habeat effectum eius testatoris voluntas, atque testamentaria dispositio.

A diferencia del mero executor, que es semejante a el albacea y executor que solo tiene el desnudo ministerio de hazer cumplir el testamento, funeral, y entierro, como el mero executor, que se dize, *nudus minister*, qui post causæ cognitionem habitam, & sententiam, executio facta committitur absquæ causæ cognitione.

Num. 16. *El mero executor es semejante a el albacea.*

Y prosigue Carpio en comprouacion de ello en el num. 44. 48. 49. y 50. y en el num. 59. ita dicit: *Vltimo advertendum est, quod quibuslibet supra dictorum verbis vsus fuerit testator si executio sola relicta est, talis nominatus erit executor (hoc est albacea, ò cabecalero testamentario) si autem, electio, distributio, testatio, & dispositio commissa fuerit talis constitutus commissarius dicetur ex duabus speciebus executoris, & commissarij vltimarum voluntatum superius assignatis, &c.* Et iterúm lo buelve a fundar in lib. 3. cap. 3. num. 5.

Num. 17. *El comissario es semejante a el mixto executor.*

Y que en esta conformidad fuesse el poder y comission que don Gaspar del Adarve dió a don Melchor del Adarve su hermano, es claro y euidente, por la clausula que arriba se ha referido, especial en quanto dize, en esta manera. *Item, mando, y es mi voluntad, que todos mis bienes, titulos, derechos, y acciones que quedaren por mi señalados, se haga e instituya vn vinculo y mayorazgo con los llamamientos, prohibiciones, y enagenaciones, y prescripcion que hiziere, y nombrare, y pusiere el dicho Licenciado don Melchor del Adarve, a el qual doy tan bastante y cumplido poder como es necessario, e yo le tengo para poder hazer y declarar en todo tiempo sin limitacion ni termino.*

Num. 18. *Ajustase cō el hecho como don Melchor tuuo comission vniuersal, con libre y plena facultad de elegir y nombrar.*

Et inferius: *Pueda hazer y disponer de ellos el dicho don Melchor desde luego, haziendo los llamamientos y sucessiones*

cessiones de ellos en los descendientes del dicho mi padre, y a falta de ellos en los descendientes de Gaspar del Adarve mi abuelo paterno, que viue en la ciudad de Granada. Y a falta de ellos ha de poder disponer de los dichos bienes y vinculo el dicho don Melchor en los parientes de mi linage, que eligiere y nombrare el dicho mi hermano, con todas las clausulas, llamamientos, prohibiciones de enagenacion, y penas que le pareciere, que para todo ello le doy el dicho poder con libre y general administracion, porque fio de su persona lo dispondrá como mas convenga para servicio de Dios, y cóforme a mi voluntad.

Nnm. 19. *La misma comissiõ tuuo don Alonso con plena y absoluta facultad de poder elegir y nombrar.*

Este mismo poder y comission tuuo don Alonso del Adarve su hermano, vltimo posseedor, porque don Melchor, auiendole nombrado a el dicho don Alonso su hermano por primer sucessor en el dicho mayorazgo principal, y en el que agregò, dispuso sobre todo, dandole el mismo poder y comission, porque auiendo por insertas y repetidas las mismas clausulas, y en especial las que se han repetido, dize en esta manera.

Declaro, que yo posseo el vinculo y mayorazgo que fundó don Gaspar del Adarve mi hermano, a el qual, con los mismos llamamientos, disposiciones, reglas, segun, y como se dispone en la voluntad del dicho don Gaspar, agrego, y acreciento, &c.

Et inferius: *En los quales bienes, y en el remaniente de todos los que quedaren por mi fin y muerte, muebles, rayzes, derechos, y acciones, cumplidas y pagadas todas las mandas y legados en este mi testamento contenidas, dexo, nombro, e instituyo por mi heredero vniuersal a el dicho vinculo que posseo, y fundò el dicho don Gaspar del Adarve mi hermano, a quien agrego todo lo dicho, para que anden todos juntos, e incorporados, y debaxo de las clausulas y condiciones de su fundacion, probibicion de enagenacion, llamamientos, y sucessiones, y demas clausulas, condiciones, cargas, y grauamenes contenidas en la fundacion del dicho vinculo, las quales he aqui por insertas y declaradas de verbo ad verbum, para que se guarden y cumplan en quanto a los bienes que agrego e incorporo en el dicho vinculo, y de que le hago y fundo, segun y en la forma que se deue obedecer, y cumplir, y guar-*

y guardar las del vinculo y mayorazgo fundado por el dicho mi hermano, para cuyo gozo, y por primer posseedor llamo, e instituyo por primer posseedor a el dicho don Alonso del Alarve mi hermano, y a sus sucessores, por la forma y orden que estan llamados en el dicho primero vinculo y mayorazgo fundado por el dicho don Gaspar nuestro hermano.

Y auiendose remitido a las dichas clausulas, cōdiciones, y declaraciones, y auiendolas por insertas de verbo ad verbum, y con ellas nombrado y llamado a el dicho don Alonso, viene a tener el susodicho el mismo poder, facultad, y comission cōtenida en el testamento, e instrumento relato ex vulgari illa regula, quod relatum est referente cū omnibus suis qualitatibus, l. asse toto 77. ff. de hæred. instituend. l. si ita scripsero 38. ff. de condit. & demonstrat. l. institutio 10. ff. de condit. inst. Authent. si quis in aliquo, C. de ædend. Cald. Pereyra de potestate eligendi, cap. 16. num. 17. & 33. Ioan. Gutierrez cons. 18. á num. 56. Peregrin. de fideicommis. art. 16. num. 2. refiriendo a muchos Alvarez de Velasco axiomat. iuris, lit. R. num. 57.

Num. 20. *Relatum est in referente cum omnibus suis qualitatibus.*

La razon es. Lo vno, porque paria sunt, quid esse certum per se, vel per relationem ad alium, ex quo scriptura referente contineri dicitur, quid quid continetur in scriptura ad quam fit relatio, l. ait Prætor 5. §. 1. ff. de re iudicat. Caldas Pereyra de potestat. eligend. dict. cap. 16. num. 53. vers. *Paria enim sunt.*

Num. 21. *Paria sunt quid esse certum per se, vel per relationem ad aliud.*

Lo otro, porque natura relationis vt procedat secundum veritatem, ideó ex coniunctione scripturarum relatarum, & referentium veré proprié, & naturaliter, & non per fictionem relatum est in referente, Bald. cons. 212. volum. 5. Iason in dict. l. ait Prætor, §. 1. num. 5. & 6. ff. de re iudicat. Medicis de regul. iur. regul. 10. num. 7. Caldas Pereyra de potestat. eligend. cap. 16. num. 34. Peregrin. de fideicommis. art. 16. num. 2. Alvarez de Valasco dict. lit. R. num. 58.

Num. 22. *De la naturaleza de la relacion es, que juntas las dos escrituras, que verdadera, y propriamente, y no por ficcion que esté en la referente lo referido en la principal.*

Compruevase, porque la disposicion del dicho don

Num. 23.

Cōprueuase, porque la escritura referente de la disposicion de don Melchor, contiene la clausula, ad instar, que obra el mismo e igual efeto.

don Melchor contiene la clausula, *ad instar*, in illis verbis: *Por la forma y orden que estan llamados en el dicho primero vinculo y mayorazgo fundado por el dicho don Gaspar nuestro hermano.* Y quando vna disposicion es, *ad instar alterius*, importat vt sortiatur eundem, & parem effectum cum ea ad quam adæquatur, Felinus in cap. non nulli, num. 6. de rescriptis, Mandosius in tractat. de priuilegijs ad instar, quæst. 5. cum alijs, Barbosa de clausul. claus. 5.ª num. 5.

Num: 24.
La clausula que dize, las quales he aqui por insertas y declaradas de verbo ad verbū, *nos saca de toda duda.*

Y sacaron de toda duda este punto las palabras de la clausula de la disposicion del dicho don Melchor, dum dicit: *Y debaxo de las clausulas y condiciones de su fundacion, prohibicion de enagenacion, llamamientos, y sucessiones, y demas clausulas, condiciones, cargas, y grauamenes contenidas en la fundacion del dicho vinculo, las quales he aqui por insertas y declaradas de verbo ad verbum, &c.* Como por semejante clausula, *in totū proue in eo continebatur*, lo prueua y funda en los terminos de eleccion Caldas Pereyra de potestat. eligendi, cap. 16. num. 33.

Y asi no es dudable que el dicho don Alonso tuuo la misma comission general que don Gaspar diò a su hermano don Melchor.

Num. 25.
Si se opusiere, que los comissarios auiā de disponer dentro del termino de la ley 33. de Toro. Respondemos, que los dispensaron para poderlo hazer en qualquier tiempo.

Y por si acaso se opusiere, que siendo como son comissarios deuieron cada vno en su tiempo dispoñer y nombrar sucessores, y vsar, de la dicha comission dentro de los quatro meses que dispone la ley 33. de Toro. Se responde, que el dicho don Gaspar dispensó en esto para que lo pudiessen hazer en qualquier tiempo, mientras viuiessen, y lo mismo per relatum dispuso el dicho don Melchor, y asi no les corrió el termino de los quatro meses, porque sin embargo de lo dispuesto por la dict. l. 33. de Toro, puede el testador dar el demas termino que quisiere, y quitar del de la ley, segun lo aduirtiò sobre la misma l. 33. Anton. Gomez, nu. 2. per textum in cap. nos pridem, de testament. & omnes Tauristæ in dict. l. 33. Dom. Couarr. in cap. tua, n. 6. de testam. Mieres p. 1. q. 48. n. 22.

Y de

Y de menos consideracion es si se opusiesse, que don Melchor como comissario vniuersal, cuya industria de su persona fue electa, no pudo ceder en su hermano don Alonso, ni delegar, ex l. nulli 28. C. de Episcop. vbi Baldus num. 4. in princip. copiosé Carpio de executor. & commissar. lib. 1. cap. 18. à num. 2.

Num 26. *Si se opusiere, que el comissario no pudo ceder, ni delegar, se responde lo siguiente.*

A que se responde, que don Melchor no cedió, ni delegó su comission, si no que vsando de ella cõ la plena facultad que tuuo, dispuso en la misma forma, y ordenó la fundacion del mayorazgo, y el que el susodicho agregò en la misma orden, y cõ las mismas condiciones y clausulas que el de don Gaspar en cabeça de don Alonso su hermano, a quien llamò por prmer sucessor, dandole la misma facultad, y remitiendo a su arbitrio el nombramiẽto de sucessores para la perpetuydad de los dichos mayorazgos, guardando el orden de yr eligiendo por los grados que auia dispuesto don Gaspar.

Num. 27. *Don Melchor no cedió, ni delegó, si no que ordenò y dispuso lo mismo con el pleno poder y libre facultad que tuuo.*

Lo qual se confirma, porque don Melchor, en quanto a la disposicion de don Gaspar, no cometiò a su hermano don Alonso lo declaratiuo de la disposicion de don Gaspar, si no lo executiuo de ella, y auiendo precedido como precedió su declaracion, pudo cometer lo demas, aunque fuera por delegacion, a su hermano, segun lo advirtiò con el agudeza de su ingenio Baldo in dict. l. nulli, nu. 4. C. de Episcop. & Cleric. adonde despues de auer sentado, y notado, que el comissario no puede delegar, ni cometer su arbitrio a otro, dum dicit: *Deinde nota, in illo verbò, pro sua conscientia, quia executor debet exequi per se, nec potest facere sub executorem, quia electa est fides, & industria ipsius à testatore, quod verum credo, quod alteri committere arbitrium, &c.* Dize en esta manera.

Num. 28. *Don Melchor no cometiò a su hermano don Alonso lo declaratiuo de la disposicion de don Gaspar, si no lo executiuo, auiendo precedido su declaracion, y lo que quiso se obseruasse.*

Sed si committit aliquid certum, & á se prius declaratũ credo, quod hoc possit facere: quia non committit alio actum declaratiuum, sed actum nudi ministeri, in quo non differt, si fiat per se, vel alium, ad hoc cap. is qui, de offic. delegat. lib. 6. & Archidiaconus, & Ioan. ita tenent in cap.

Num. 29. *Prueuase con vn lugar selecto de Baldo, y otros.*

 vltimo,

vltimo, de testibus, idem Paulus de Castro in dict. l. nulli, num. 4. vers. *Sed si declarasset*, quos & alios referens Carpio de execut. & commis. lib. 1. cap. 18 num. 17. vbi reddit rationem, ibi: *Cum enim declaratio fides, & industria sit executoris, seu commissarij, alterius autem nudi ministerij tantummodo consumatio, non interest, quod alterius nudo interventu effectum sortiatur.*

Num. 30. *Quando la facultad de declarar es ad cōmodum illius, qui declarare debebat, entonces la puede transmitir, y passar a otro.*

Respondese assimismo, que quando la facultad de declarar dada a el comissario viene a ser ad cómodum tertij, entonces no se transmite, ni passa a otro: empero si es ad commodum illius, qui declarare debebat, como en el caso de este pleyto, entonces se transmite, y passa, Azeuedo in l. 5. num. 18. tit. 4 lib. 5. Recopilat. Cancer. variar. tom. 2. cap. 21. de transmis. á num. 254. Dom. D. Ioan. à Castillo lib. 5 cap 87. num. 20. vers. *Præterea*, Additionatores ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 4. ad nu. 62. vers. *Ampliatur sexto.*

Num. 31. *Finalmente se responde, que quando todo cessara, los mayorazgos son de eleccion real, segun se fundará in sequenti resolutione.*

Finalmente esta resolucion procede tan corriente, que quando cessaran las respuestas referidas, no puede faltar el ser de eleccion real ambos mayorazgos, principal, y agregado, adonde el dicho dō Alonso, como sucessor, y qualquiera de los demas sucessores, tienen facultad de los mismos fundadores para elegir y nombrar, guardando el orden que dieron los instituydores entre los descendientes de su padre, abuelo, y parientes por sus grados, como se fundarà en la siguiente resolucion:

Resolutio Secunda.

Num. 32. *Don Alonso como sucessor en ambos mayorazgos tuuo facultad de poder elegir y nombrar.*

¶ Lo segundo que se deue resolver en este caso es, que don Alonso no solo tuuo facultad de elegir como comissario vniuersal, si no que tambien como sucessor tuuo particular comission y facultad de elegir en virtud de la fundacion de ambos mayorazgos, principal, y agregado, guardando el orden y forma de las disposiciones de los testadores, y esta es real para todos los sucessores, de la

qual

qual no se puede dudar, por ser expressa, y literal.

Esto se prueua. Lo vno, porque la potestad que el dicho don Gaspar dió a don Melchor su hermano, primer sucessor, y llamado, y facultad de elegir entre los del primero, segundo, y tercero grado, en materia de mayorazgos se presume repetida y cócedida a los demas sucessores, a quien es necessario passe, porque los mayorazgos de su naturaleza piden perpetuydad, y no auiendo el fundador hecho otros llamamientos mas que en el primero, a quié dió la dicha facultad, corre la presuncion, q̄ esta facultad dada a el primero, se entienda real, y no personal, solo a la persona del primero, si no concedida a los demas sucessores, ex eius voluntate, & ex perpetua natura maioratus: fundanlo por mas verdadera y comun opinion, en cuya conformidad se ha practicado, y se ha juzgado, y juzga, Menochio cons. 158 num. 8. lib. 2. Anton. de Gamma decis. 106. num. 9. vbi copiosé eius Additionator Flores Diaz de Mena, Simon de Prætis de interpretat. vltimar. voluntat. lib. 2. interpretat. 4. dub. 2. solut. 2. Cabedo part. 1. decis. 143. num. 2. 3. & fin. Mieres part. 2. quæst. 6. num. 278. Alexand. Raudens. de annalog. lib. 1. cap. 15. num. 87. Molina de iustit. & iur. disputat. 593. num. 15. Surdo decis. 322. num. 70. vbi eius Additionator Hodierna, Fontanella de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. glos. 9. part. 5. num. 12. Iacobo Cancerio variar. tom. 2. cap. 21. num. 254. y el señor don Iuan del Castillo lib. 4. cap. 36. num. 60. & lib. 5. cap. 87. num. 17. Carpio de executor. & commissar. lib. 2. cap. 19. num. 46. Additionatores ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 4. ad num. 62. vers. *Et in quæstione maioratus, &c.* Y reprouando a algunos que parece quisieron tener la opinion contraria, y satisfaciendo a sus fundamentos dize, que en muchos pleytos que se ofrecieron siendo Juez en esta Real Chancilleria de Granada vido se juzgó en esta conformidad, el señor don Iuan Bautista de Larrea tom. 1. disput. 31. per tot.

Num. 33. *Funda, que la facultad que diò don Gaspar a don Melchor su hermano para elegir de los del primero, segundo, y tercero grado, fue real, que ex subiecta materia passò a todos los demas sucessores.*

Lo

Num: 34.
La facultad para elegir que diò don Gaspar a don Melchor como a sucessor, essa misma diò don Melchor a don Alonso, tambien como a sucessor.

Lo otro, porque la facultad que dió don Gaspar a don Melchor nombrandole por primer sucessor, essa misma diò don Melchor a don Alonso su hermano, nombrandolo por primer sucessor en ambos mayorazgos, y con facultad de poder nombrar y elegir per expressam voluntatem institutorum.

Num. 35.
Oponese, que aunque don Alonso tuuiera facultad de elegir, espirò con la primera eleccion que hizo del que no saliò a luz.

Oponese contra esto, que aunque don Alonso como sucessor en los dichos mayorazgos tuuiesse facultad de elegir, essa espirò con la eleccion de el primero, que fue el postumo, de que dixo estaua preñada la muger con quien auia tratado, y que no pudo passar a elegir a don Agustin, ni a los demas, por la regla de la l. boues, §. hoc sermone, ff. de verbor. significat. cap. cum in cunctis, de elect. cap. gratum, de postulat. Prælator.

Num. 36.
Responde, que quando la eleccion de el primero no tiene efeto, porque muriò, ò por otra causa, ò impedimẽto oculto, vale la eleccion de el segũdo, & sic deinceps de lo demas.

A que se responde, que esto se limita quando la eleccion del primero no tiene efeto, porque se murió antes de suceder, ó no saliò a luz, ò porque tenia algun oculto impedimento, que entonces vale la eleccion de el segundo, tercero, ó quarto, cap. si electio 26. de election. in 6. l. 2. §. 1. ff. de option. legat. l. is qui heres, in princip. ff. de adquirend. hæredit. & per alia iura Tiraquell. in dict. l. boues, §. hoc sermone, limitat. 1. Dom. Molina lib. 2. cap. 4. num. 38. Mieres part. 1. quæst. 19. num. 5. Gamma decis. 173. vbi Flores Diaz de Mena, Fontanella de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. glos. 10. part. 1. num. 49. Carpio de executor. & commis. lib. 2. cap. 19. num. 35.

Num. 37.
Fuera de que dõ Alõso no solo tuuo facultad de elegir como sucessor, si no tambien como comissario, y assi pudo hazer los llamamiẽtos que quisiesse.

Y esto se entiende quando don Alonso, no fuesse, como fue, comissario general, que siendolo, pudo hazer todos los llamamientos que quisiesse, guardando el orden de elegir y nombrar sucessores por los grados en que estan llamados.

Resolutio Tertia.

Num. 38.

¶ Supuesto que don Alonso tuuo plena facultad

tad para elegir y nombrar, si quiera sea como comissario, ò como sucessor, pudo hazer eleccion y nombramiento de qualquiera de los descendientes de su abuelo, que son los de el segundo grado, y elegir como eligiò, y dexar a el descendiente legitimo.

Propone fundar, que don Alonso, como comissario, ó como sucessor, supuesta su plena facultad, pudo elegir a el natural, y dexar el legitimo.

En prueua de esta conclusion viene otra comunmente recebida, que el que tiene libre y absoluta potestad de elegir, puede nombrar y hazer elecciõ del menos digno, y a el pariente y descendiente mas remoto, con tal que no sea incapaz de la sucession, y que el mismo fundador lo pudiesse elegir y llamar si quisiera, Anton. Gomez in l. 40. Taur. num. 41. in fin. Dom. Molina lib. 2. cap. 5. num. 5. Peralta in l. vnum ex familia, §. rogo, num. 14. ff. de legat. 2. & ibidem in dict. §. rogo, num. 14. el Obispo don Francisco Sarmiento, y el Cardenal Mantica de coniect. vltimar. volunt. lib. 6. tit. 14. num. 25. & lib. 8. tit. 12. num 15. Anton. Gabriel cons. 140. num. 4. lib. 1. & his & alijs relatis Mieres part. 1. quæst. 71. num. 2. per text. in l. vnũ ex familia, §. si de falcidia, & in l. filius familias, §. cum pater, ff. de legat. 2. Pater Molina de iustit. & iur. tom. 2. disputat. 594. Surd. cons. 415. num. 6. & 21. Marta de succes. legal. part. 4. quæst. 23. art. 4. num. 3. Ioan. Gutierrez lib. 2. quæst. 69. num. 3. Zeuallos quæst. 265. num. 60. el señor don Iuan del Castillo lib. 4. cap. 36. á num. 56. & in lib. 5. cap. 160. num. 11. Vincentio Fussario quæst. 716. per tot. y los Adicionadores a el señor Molina lib. 2. cap. 5. sobre el num. 4. & 5. vers. *Ampliatur, vt elector, cui libera eligendi facultas data est, possit eligere, etiam remotiorem, dummodo electus, talis electionis incapax non sit, &c.* Carpio de executor. & commissar. lib. 2. cap. 19. num. 84. & 50. Fontanell. decis. 94. num. 5.

Num. 39.
El que tiene libre y absoluta facultad de elegir puede hazer eleccion de el menos digno, y del pariente, ó descendiẽte mas remoto, con que no es incapaz de suceder.

Sed sic est, quod in præsenti, don Alonso tuuo tan libre y absoluta facultad de poder elegir como los mismos fundadores, lo qual es euidente por lo textual de las fundaciones, ibi: *A el qual le* dà,

Num. 40.
Don Alonso tuuo tã libre y absoluta facultad de elegir como los fundadores.

dà, y tan bastante y cumplido poder como es necessario, e yo le tengo. Et inferius: *Y disponga de ellos a su voluntad en los descendientes del dicho mi padre, y a falta de ellos en los descendientes de Gaspar del Adarve mi abuelo paterno.* Et tandem, ibi: *En los parientes de mi linage que eligiere y nombrare el dicho mi hermano, con todas las clausulas llamamientos, &c. que para todo ello le doy el dicho poder con libre y general administracion.*

Num. 41. *Libre y absoluta facultad se entiende tuvieron don Melchor y dō Alonso por qualquiera de las clausulas de las fundaciones.*

Y plena, libre, y absoluta facultad se entiende tener el comissario, por qualquiera de las dichas clausulas arriba referidas, segun comunmente lo fundan los Doctores in l. 1. ff. de legat. 2. y es en especial omnino videndus Iacobo Menochio de arbitrar. lib. 1. quæst. 7. per tot. & 8. adonde discurre por las clausulas y palabras de ellas, que dàn libre y absoluta potestad, Augustin. Barbosa de clausul. claus. 3. ad beneplacitum, & claus. 6. ad libitum suum, vel pro libito suæ voluntatis, & clausul. 35. cum plena & libera administratione, & claus. 135. quam sibi videbitur, & remissiue, Caldas Pereyra de potestate eligendi, cap. 1. num. fin.

Num. 42. *La clausula en que diò tan bastante y cū plido poder como tenia, es de libre y absoluta potestad.*

Y en especial sobre la clausula en quanto el fundador dixo: *A el qual le doy tan bastante y cumplido poder como es necessario, e yo le tengo,* que obre libre y absoluta potestad, lo enseñó Bart. in l. creditor, §. Lutius, ff. mandat. Afflict. decis. 305. num. 4. vbi Vrsilis, Iacob. Menoch. dict. lib. 1. de arbitrar. quæst. 7. num. 62. vers. *Septimo, absolutam potestatem ostendunt illa verba, concedimus, vt ea posit, quæ nos possumus, &c.*

Nnm. 43. *Deduce por consequencia el auer podido don Alonso elegir a el descendiente de su abuelo, aunque sea natural, y menos digno.*

Igitur teniendo como tuuo don Alōso la dicha libre y absoluta facultad para elegir y nombrar de los descendientes de su abuelo, bien se sigue que pudo elegir a el menos digno, y a el descendiente mas remoto, y a el natural, dexando a el legitimo.

Num. 44. *Prueuala consequēcia, porque en la palabra,* descendien-

Prueuase la consequencia euidentemente, porque debaxo de la palabra, *descendientes*, se comprehenden los naturales, segun lo enseñó Bart. in l. cutellas, num. 4. vers. *Aut accipis eandem domum pro*

omnibus

omnibus descendentibus ex eodem sanguine, & tùnc in bastardum caderet, ita videtur textus in dict. l. pronuntiatio, in fin. ff. de verbor. significat. &c. Angelus in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 4. ff. ad Trebelian. & ibidem Alexand. de Immola num 16. & in cons. 60. num. 15. lib. 2. & in cons. 144. num. 4. lib. 7. Socino cons. 251. num. 8. volum. 2. Paulus de Castro cons. 178. num. 2. Bald. consl. 373 num. 8. volum. 1. Augustin. Barbos. appellat. 70. verbo, *descendientes,* num. 8. vers. *Descendentium etiam appellatione, veniunt etiam naturales,* y el señor don Iuan Bautista de Larrea, que lo resolvió en terminos de sucesion de mayorazgos, tom. 1. disputat. 32. nu 8. vers. *Quod fit, vt quoties in disponendo vsus fuerit testator, verbo, naturali, non ciuili, vt in hoc verbo, descendentes, debeant comprehendi naturales.*

tes, se comprehendẽ los naturales.

Y es comun resolucion en qualquiera materia, y en especial en la de sucessìon de mayorazgos, que en el llamamiento per verba ciuilia, verbi gracia, *los de mi casa, agnacion, ò de mi familia, ò los de mi parentela,* & sic similia no vienen ni se comprehenden los ilegitimos, ni naturales: empero en el llamamiento per verba naturalia, verbi gracia, *los de mi sangre, ò descendientes, padre, ò madre, ò ascendientes,* & sic similia se incluyen y comprehenden los naturales, e ilegitimos, Bart. in dict. l. tutellas, num. 4. y los demas Doctores arriba referidos, Felino in cap. in præsentia, num. 22. vers. *Et verùm, quod generaliter verba naturæ includunt naturalem, &c. secus in verbis iuris ciuilis puta agnatione, & similibus dict. l. tutellas, & l. spurius, & l. ex parte, ff. vnde cognati, &c.* Peregrino de fideicommis. art. 22. num. 89. Vincent. Fusar. quęst. 364. num. 8. Farinac. lib. 2. decisionum criminal. decis. 350. num. 2. & decis. 571 num. 73. vsque ad fin. tom. 2. in posthum. Garcia de beneficijs, part. 7. cap. 15. à num. 36. Viuiano decis. 45. per tot. Lotherio de re beneficiali, lib. 2. quæst. 11. num. 141. Riccio in praxi de iure patronatus, decis. 161. Ludouisius, & eius Additionat. decis. 433. num. 24. Ciriacus tom. 2. controuers.

Num. 45.
En qualquiera materia, y en especial en la de sucessìon de mayorazgo en el llamamiento, per verba ciuilia, no se comprehenden sino los legitimos y naturales pero en el llamamiento per verba naturalia, como es la de descendientes, se incluyen los naturales.

in controuersia 209. Additionatores ad Dom Molin. lib. 1, cap. 4. sobre el num. 45. vers. *Quæ cum hac limitatione procedunt, aut substituti vocati sunt per verba iuris, seu ciuilia, singe agnatio, domus, familia, parentella, aut per verba naturæ, vt sunt coniunctus, consanguineus descendentes, &c. In primo casu illegitimi comprehensi, non censentur. In secundo secus, &c.* don Pedro Noguerol allegat. 28. num. 60. & allegat. 37. nu. 49. & 55.

Num. 46. *En conformidad de que en la palabra,* descendientes, *se entienden llamados tambien los naturales, se ha juzgado siempre en la Rota, y en esta Real Chancilleria de Granada.*

Y en esta conformidad se ha juzgado siempre, no solo en esta Real Chancilleria de Granada, segun el señor don Iuan Bautista de Larrea dict. decis. 32. si no tambien en la Rota, segun las decisiones de Farinacio arriba referidas, y en especial la decision 351. num. 2. vbi ita dicitur. *Quam conclusionem eo facilius Domini, in hoc casu admisserunt, quia verba fundationis ex sui natura sunt apta comprehendere etiam illegitimos, cum ad istum patronatum sunt vocati filij, & descendentes Nicolai, non per verba ciuilia, & legitimitatem importantia; sed per verba mere naturalia, sub quibus veniunt naturales.*

Num. 47. *Ponderase para el intēto la ley 27. de Toro, que advertidamēte hablò con distincion de descendientes.*

Y es de ponderar para el intento la ley 27. de Toro, que para la sucesion que dá gradual por la palabra, *descendientes*, fue necessario que hablasse con la distincion de los legitimos, e ilegitimos: porque si indistintamente diesse la eleccion y facultad a los padres para elegir a los descendientes, pudieran elegir de los ilegitimos, sive naturales, y preferirlos a los legitimos, y para que no pudieran hazerlo les diò el orden, para que primero lo pudiessen dexar a los descendientes legitimos, y despues de ellos a los ilegitimos, y naturales, dum dicit: *Con tanto, que los hagan entre sus descendientes legitimos, y a falta de ellos, que lo puedan hazer entre sus descendientes ilegitimos.*

Num. 48. *Pondera la ley 27. de Toro otra advertencia en fauor de los naturales, e ilegitimos.*

Advirtiendo mas, que la dicha ley quiso tambien que los naturales se prefiriessen a los legitimos que fuessen ascendientes, ó transversales, y como aqui se trata de transversales, respeto de los fundadores, no es dudable que se pudieron elegir

los

los descendientes ilegitimos y naturales, y preferirlos a los legitimos.

Y advirtiò el señor don Iuan Bautista de Larrea in dict. disputat. 32. num. 8. que el llamamiento de el fundador por la palabra, *descendientes*, comprehende aun con mas propriedad a los naturales que a los legitimos y naturales, ita enim dicit. *Cum ergo verbum, descendentes, naturali significatione, respiciat filios naturales, merito illos comprehendet, potiusquam ad eos, qui ex legitimo matrimonio nati restringatur, quia cum idem verbum, habeat naturalem, & ciuilem intellectum, non debet intelligi ciuiliter, sed naturaliter*, l. fin. C. de his qui veniam ætatis impetrau. l. fideicommissum, ff. de condit. & demonstrat. l. ex ea parte, §. in insulã, ff. de verbor. obligat. cap. susceptus, & ibi glos. de rescriptis in 6.

Num. 49. *La palabra, descendientes, mas propriamente comprehende los naturales, que los legitimos.*

Y refiere tambien para el intento a Caldas respons. 1. num. 12. vers. *Quinto suffragatur, &c.* ibi: *At verbum, filius, ita comprehendit legitimos, sicut naturales, imò proprius naturales, cum sint á natura, quam legitimos, cum sint á lege, vnde nomen acceperunt.*

Num. 50. *El señor don Iuan Bautista refiere para el proposito, y pondera las palabras de Caldas Pereyra.*

Y se confirma lo referido con la conjectura que resulta por derecho en auer el fundador de el mayorazgo principal llamado en primer lugar a hijo natural, que entonces se entienden llamados los demas, ilegitimos, y naturales, como lo tiene Bart. in l. ex facto, §. si quis rogatus el primero, ff. ad Trebelian. per textum in l. Titio, §. idem respondit el primero, de verbor. obligat. Cardinal. Mantica de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 8. tit. 7. num. 4. vers. *Prima est coniectura, &c.* Marco Anton. Peregrino cons. 44. num. 9. lib. 2. Vincẽt. Fusar. quæst. 314. num. 5. y en el num. 10. lo trae tambien quãdo indefinitamente estan llamados los descendiẽtes, ex Peregrin. de fideicommis. art. 22. nu 81.

Num. 51. *Confirmase lo referido de auer querido que en la palabra, descendientes, se incluyessen los naturales, porque el primer llamado fue natural, y descendiente del padre y abuelo.*

Finalmente la eleccion de don Alonso no solamẽte la pudo hazer, como la hizo, en el descendiẽte natural, y sus hijos legitimos, y naturales, dexãdo a el legitimo, si no que procediò en ello prudẽtemente, y como deuia, a fin de conservar la varonia

Num. 52. *Don Alonso eligiò a el natural, y a sus hijos, por ser descendiẽte varon, y no quedar como no quedò otro*

con hijos varones en quien conservar la varonia de su linage.

nia de su linage, porque atendió a que el legitimo, que es don Gaspar, era ya hombre de mucha edad, y no tenia hijos, y todos los demas descendientes de su abuelo eran hembras, y no quedaua como no quedò en quien conservar su varonia por linea recta de varon, si no en don Agustin, y assi eligió y llamó a el susodicho, y a sus hijos varones, y esta causa impulsiva la declaró y expressò, ibi: *Para que se conserve la varonia de mi linage.* Y assi queda corriẽte nuestra resolucion.

Resolutio Quarta.

Num. 53. *Don Agustin es natural.*

¶ Que don Agustin sea hijo natural de don Lazaro de Adarve, nieto del abuelo de los fundadores, & sic, que sea descendiente, visnieto natural, se prueua por los medios siguientes.

Num. 54. *Don Lazaro reconociò a don Agustin por su hijo natural, y como a tal le dexò vn vinculo de quatro mil ducados.*

Primer medio es, porque don Lazaro del Adarve por el testamento y codicilo con que murió le reconoció por su hijo natural, siendo el susodicho soltero, y auido en doña Maria Tellez de Pedraza, y declaró ser tal su hijo natural, y le dexó quatro mil ducados vinculados, con que, assi en possession, como en propriedad, se deue juzgar y tener por hijo natural, ex l. 9. tit. 8. lib. 5. nouæ Recopilation.

Num. 55. *En razon de ser hijo natural tiene don Agustin cosa juzgada en contraditorio juyzio con don Gaspar.*

Lo segundo, porque en razon de ser hijo natural viene a tener cosa juzgada el dicho don Agustin en contradictorio juyzio con don Gaspar del Adarve su tio: porque auiendo el dicho don Agustin pedido el vinculo de los quatro mil ducados, le opuso don Gaspar de que no era natural, si no espurio, auido por el dicho don Lazaro su hermano en muger casada, pretendiẽdo que entonces viuia el marido de la dicha doña Maria Tellez de Pedraza, y el dicho don Agustin defendiò lo contrario, y el pleyto se recibió a prueua, y hechas prouanças por ambas partes, que estan representadas en este pleyto, sin embargo obtuuo determinacion en

su

su fauor el dicho don Agustin, y assi viene a tener cosa juzgada con el mismo don Gaspar su tio.

El tercero medio es, porque entre el dicho don Agustin y don Gaspar otorgaron escritura de trãsacion, por la qual como a hijo natural el dicho don Gaspar le diò dos mil ducados de los quatro del vinculo, y se obligó a darle cien ducados en cada vn año, en que confessó ser tal hijo de el dicho don Lazaro del Adarve.

Num. 56. *Por vna escritura de transacion reconociò don Gaspar por hijo natural de su hermano a don Agustin.*

El quarto medio es, porque despues, estãdo preso por vna deuda el dicho don Agustin por el año de 1647. se opuso, pretendiendo que era Hijodalgo, y que como hijo natural de don Lazaro del Adarve auia de gozar delos preuilegios y essenciones de Hijosdalgo, y diò informacion cõ doze testigos de la filiacion, y el dicho don Gaspar su tio para el dicho efeto exhibiò la executoria de su nobleza y hidalguia para que su sobrino, como tal hijo natural del dicho don Lazaro, gozasse deella, mediante lo qual se declaró deuer gozar, y fue mãdado soltar por Hijodalgo, de todo lo qual està presentado testimonio, y de la exhibicion y presentacion que hizo don Gaspar para el dicho efeto.

Num. 57. *Como natural don Agustin fue suelto por Hijodalgo, y para ello exhibió la executoria de su nobleza don Gaspar.*

Quinto y vltimo medio es por prouanças de testigos, que vienen a ser mas de treynta y seys testigos de diferentes prouanças, por las quales consta, de que siendo el dicho don Lazaro moço soltero, antes ordenarse de Orden sacro, tuuo trato carnal con la dicha doña Maria, y siendo la susodicha viuda de Francisco Barahona, y en abito de tal huuo en la susodicha a el dicho don Agustin, y todos concluyen que ha estado y està en la possession de tal hijo natural, auido de soltero en la dicha viuda.

Num. 58. *Refierense las prouanças de don Agustin en comprouacion de que es natural.*

Y no perturba lo referido la fee del Bautismo que presenta el dicho don Gaspar del año de 1607 en que en la Iglesia de señora santa Ana parece auerse bautizado vn muchacho que pusieron por nombre Agustin, hijo de padres no conocidos: y testimo-

Num. 59. *Opone don Gaspar de la fee de vn bautismo, y testimonio de la muerte del mari-*

do de la madre de dō Agustin.

testimonio que se presenta, en que parece, que el Alferez Fráciſco de Barahona murió en la villa de Torrelobató en el año de 1614. y q̄ aſsi era viuo el dicho Alferez, marido de la dicha doña Maria, quando nació el dicho don Aguſtin, que este es todo el fundamento de don Gaſpar, ſin que tenga otra prouança, ni teſtigo alguno, porque los de ſu prouança antes ſon en fauor de el dicho don Aguſtin.

Num. 60. Opone tambiē de vn poder que dexò el marido de la madre de don Agustin.

Y tambien ſe vale el dicho don Gaſpar, de que auiendo el dicho Franciſco de Barahona dexadole poder a ſu muger el año de 598. quando ſe auſentó a las Indias, vſó del dicho poder la dicha doña Maria el año de 1612. y 1610.

Num. 61. Don Agustin ha negado la identidad de la persona contenida en la fee de el bautismo, y don Gaspar no la ha prouado, antes por sus testigos consta de lo contrario.

Porque ſe reſponde. A lo primero, que don Aguſtin tiene negada la identidad de el contenido en la fee del Bautiſmo, y el dicho don Gaſpar no tiene prouado que el dicho Aguſtin, hijo de padres no conocidos, contenido en la dicha fee, ſea el meſmo don Aguſtin que litiga, ni viene a auer teſtigo alguno que lo diga, antes los teſtigos de la prouança de don Gaſpar refieren el tiempo en que pudo nacer, y no ſe ajuſta con muchos años a el del Bautiſmo, con que por ſu miſma prouança, que es la de el año de 1635. ſe deſvanece ſu pretenſion en razon de la identidad, y ſe excluye claramente por la computacion de los tiempos, que no pudo ſer el de la fee del Bautiſmo.

Num. 62. El que alega la idētidad de vna persona la ha de prouar.

Y no auiendo prouado la identidad el dicho dō Gaſpar, queda deſtruydo, y ſin fundamento el intento de ſu alegacion, porque el que alega la identidad de vna perſona, la ha de prouar, Bart. in l. 1. num. 3. C. ſi vnus ex pluribus, Menoch lib. 6. præſumpt. 15. à num. 17. Maſcard. de probation. concluſ. 874. à num. 11. Noguerol allegat. 25. n. 264.

Num. 63. No basta para prouar la idētidad, que la fee del Bautismo sea de solo el nombre

Sin que baſte para prouar la identidad ſolo el nombre de Aguſtin contenido en la dicha fee de Bautiſmo, porque eran neceſſarias otras demoſtraciones, ó prouança de teſtigos que dixeran de viſta y conocimiento ſer el miſmo, ſegun lo aduirtió

virtiò y fundò don Pedro Noguerol dict. allegat. 25. num. 265. que se transcriue por ser lugar muy copioso, ita sic: *Et ad probandam personæ identitatem, non sufficit probare, extitisse quendam hominem, tali nomine, appellatum: sunt enim necessariæ aliæ duæ demonstrationes cognominis, & patriæ, aut aliæ similes, ex doctrina Bart. communiter recepti in l. falsa demonstratio, ff. de conditionibus, & demonstrationibus, quæst. 7. num. 14. vbi exemplificat quando quis vocatur Petrus Martinus de Perusio, quo casu interveniunt nomen, cognomen, & patria, sequitur Decius dict. cons. 13. num. 9. Menoch. lib. 6. præsumpt. 15 num. 40. ex sequentibus, Galganeto dict. part. 2. cap. 2. quæst. vltima, ex num. 9. cum sequentibus, pagin. 265. Mascard. volum. 2. conclus. 594. demonstratio falsa, num. 2. Loterio de re benefic. lib. 2. quæst. 11. nu. 121 122. vbi, quod ex identitate nominis, & cognominis, non probatur personæ identitas, sed requiritur alia demonstratio, Ciriaco tom. 2. controuers. 281. num. 25. & 26. & num. 32. Mieres 2. part. quæst. 7. num. 99. in 2. edict.*

de Agustin, porque auia de prouar otras dos demostraciones.

Num. 64. *El poder que dexò el marido de la madre de don Agustin fue muchos años antes para passar a las Indias.*

En quanto a el auer vsado la dicha doña Maria de la escritura de poder que le dexó su marido quando fue a las Indias, y en virtud del hecho pedimiento, y defendidose del en pleytos de el año de 1610. y 1612. no se prueua por esto, ni se presume mas que la susodicha dió a entender que viuia por aquel tiempo: empero de aqui no se colige que por entonces fuesse el trato con don Lazaro del Adarve, ni el auer nacido el dicho don Agustin su hijo, antes, como arriba se ha advertido, los testigos de don Gaspar dan a entender que el dicho trato fue mucho despues, porque deponen por el año de 35. suponiendo que auia veynte y quatro años, poco mas, ò menos, y asi no ay cosa fixa para poder comprehender la concepcion y nacimiento de don Agustin en el tiempo que estaua viuo el marido de la dicha doña Maria: de que resulta, que deuiendo de prouar clara y concluyentemente la parte de el dicho don Gaspar que auia nacido en tiempo que era viuo el marido de su madre, no lo ha prouado, y asi queda firme el

deuerse juzgar por hijo natural.

Num. 65. *La presuncion de derecho es de ser hijo natural, y no espurio.*

Tùm, porque la presuncion de derecho es, que es hijo natural, y no adulterino, ni espurio, porque siempre se ha de presumir quanto sea possible en exclusion de el delito, por la regla de la ley meritò, ff. pro socio.

Num. 66. *En el juyzio possessorio de que se trata es preciso que don Agustin aya de obtener como natural.*

Túm, porque tenemos prouança de parte de dō Agustin para obtener como hijo natural, aunque se litigara sobre la propriedad de si era, ó no hijo natural, y no siendo el pleyto en el juyzio de la propriedad de los dichos mayorazgos, si no sobre la possession, basta para obtener la quasi possessiō en que se halla de hijo natural el dicho don Agustin, segun lo prueua don Pedro Noguerol allegat. 23. à num. 143. adonde funda, que quando el juyzio possessorio del mayorazgo se opone en excepcion de ilegitimidad, ó espuriedad, no se ha de atēder a esta excepcion, si no reservarla a el juyzio de la propriedad. Y en el num. 146. que esta excepcion de ilegitimidad, ò espuriedad solo se puede admitir quando puede constar notoriamente incontinenti por instrumento publico, ó confession de los padres, alegando para ello à Mieres 3. part. quæst. 15. num. 75. Y en el num. 148. dize, quod exceptio spurietatis semper dicitur requirere altionem indaginem ob multiplicitatem articulorum.

Num. 67. *Bastaua vna leue prouança en el possessorio para obtener como natural.*

Y desde el num. 50. que basta en el juyzio possessorio vna leue prouança de parte del natural, porque *possessorium iudicium lebioribus probationibus contentum est*, idem allegat. 24. num. 167.

Resolutio Quinta.

Num. 68. *Aunque don Agustin estuuiera declarado por espurio, pudo ser elegido.*

¶ Mas dado que don Agustin se pudiera tener por espurio, y que no estuuiera como està en la quasi possession de natural, nihilominus se deue resolver quando pudo elegirle el dicho don Alonso.

La

La prueua de esta conclusion consiste en aueriguar, si los fundadores pudieron hazer llamamiẽto para la sucesion del dicho mayorazgo, principal, y agregado en el dicho don Agustin siendo espurio, hijo de soltero, y de casada, aunque descendiente del abuelo de los susodichos, porque si los fundadores pudieron elegirle, y nombrarle, y fundar en el los dichos mayorazgos, lo mismo pudo hazer don Alonso, vltimo posseedor, con la plena facultad que tuuo de elegir.

Num. 69. *La dificultad consiste, si el fundador pudo elegir a el espurio, porque lo mismo pudo el que tiene facultad de elegir.*

La razon es, porque el electo y nombrado para la sucesion de vn mayorazgo por el que tuuo facultad de elegir, no recibe la sucesion deel que elige, si no de el fundador, cui succedit mediante persona eligentis, l. vnum ex familia, in princip. vers. *Quod postquam*, §. si de falcidia, vbi Bart. & communiter scribentes, ff. de legat. 2. y mas expressa es l. item eorum, §. Decuriones, ff. quod cuiusque vniuersat. adonde si el Cabildo dá potestad de elegir, es visto que el elegido lo eligiò el Cabildo y Regidores del Ayuntamiento que dieron la facultad, y no por el que eligió de mandato, y con facultad de los Decuriones, porque el elector se dize, *nudus minister*, y asi viene a ser sucessor nombrado por el que dió facultad de poderle nombrar, Dom. Molina lib. 2. cap. 4. num. 5. Pat. Molina de iustit. & iur. tom. 3. disputat. 592. num. 3. y el señor don Christoual de Paz cap. 59. num. 190. Sesse decis. Stragonensi 436. à num. 2. Menoch. cons. 124. num. 13. lib. 2. & cons. 316. num. 4. & 5. lib. 4. & cons. 1117. num. 1. Vincent. Fusar. cons. 63. num. fin. & cons. 93. num. 3. & de substitut. quæst. 224. à num. 3. & quæst. 510. per tot. y los Adicionadores ael señor Molina dict. lib. 2. cap. 4. sobre el num. 5. y 6. Carpio de executor. & commissar. lib. 2. cap. 19. num. 20. Noguerol allegat. 20. num. 94.

Num. 70. *El electo no recibe la sucesion del que le elige, si no de el fundador que diò facultad para ello.*

Esto supuesto se prueua, que los fundadores pudieron fundar los dichos mayorazgos, y llamar a la sucesion de ellos a el dicho don Agustin su sobrino, hijo de primo hermano de los susodichos, sin

Num. 71. *Propone fundar, que hijo de soltero y casada es capaz de su-*

ceder ex testamento en bienes de parientes de partes de padre.

sin embargo de que constasse notoriamente, que no consta en manera alguna, que fuesse espurio hijo de soltero y casada, porque el hijo de soltero y casada es capaz de qualquier sucesion y herencia por disposicion testamentaria, ó en otra qualquier manera que sea de los parientes consanguineos de partes de padre del espurio.

Num. 72.
La ley del Reyno solo excluyò a los hijos de Clerigo.

Quod patet, porque la ley de el Reyno solamente haze incapazes de sucesion a los hijos de Clerigos de Orden sacro, que es la l. 6. tit. 8. lib. 5. Recopilat. ibi: *Y mandamos, que los tales hijos de Clerigos no ayan ni hereden, ni puedan auer ni heredar los bienes de sus padres Clerigos, ni de otros parientes de partes del padre, ni ayan ni puedan gozar de qualquier manda, ó donacion, ò vendida que les sea fecha por los susodichos aora ni de aqui adelante.*

Num. 73.
Los demas espurios, fuera de los hijos de Clerigo de Orden sacro, son capaces de suceder ex testamento en bienes de los parientes de partes de padre.

Empero los demas espurios, que no son hijos de Clerigo, son capazes de los bienes de parientes de partes de padre, porque la dicha l. 6. solo hablò en aquel caso especial por excepcion de regla, y assi los espurios hijos de soltero y de casada, y los demas, de derecho comun podian y pueden suceder ex testamento, & ex quacumque alia dispositione, a los parientes de partes de padre por disposicion y voluntad de ellos, aunque sea en los bienes, que ayan prouenido de partes de padre, segun lo resolvió Matienço in dict. l. 6 tit. 8. lib. 5. Recopilat. glos. 4. num. 9. vers. *Tertia conclusio, filij nati ex damnabili coito succedere possunt ex testamento omnibus paternis, & maternis consanguineis, etiam in bonis à parentibus prouentis, &c.* por el texto in l. si is qui ex bonis 6. ff. de vulgar. adonde lo resuelve Bart. y la comũ de los Doctores.

Num. 74.
Los espurios son incapazes de la sucession y herencia de los padres, y de los parientes de partes de padre solo abintestato.

Porque solo por derecho comun eran incapazes los espurios de la sucesion de el padre etiam ex testamento, y de la sucesion de los parientes de partes de padre, ó de madre, solo abintestato, por causa de refrenar a los padres de semejantes copulas y generaciones con dañado y punible ayuntamiento. Authent. ex complexu, C. de in-

inceft.nupt.l.fpurius,ff.vnde cognati 4.tit.3.& 6.l.10.tit.13.part.6.l.10.tit.5.& l.17.tit 6.lib.3.forenf.Dom.Pichard.lib.3.tit.1.Inftit.de hæred.quæ abinteft.defer.§.7.num.4.

Num. 75.
El efpurio puede fuceder ex teftamento a qualquier eftraño, ó pariente de padre.

Empero el efpurio bien puede heredar ex teftamento a qualquier pariente, ó eftraño que le quiera inftituyr, porque no les está prohibido el fucederles en fus bienes quando es por difpoficion y voluntad expreffa de los parientes de partes de padre del efpurio, glof.verbo,*participium*, in §.fin. Authent.quibus modis efficiantur fui,&legitimi, que es comunmente recebida,fegun lo advierte,y por ella lo refuelve el feñor Gregerio Lopez,verbo,*nacido de dañado coito*, in dict.l.4.tit.3.partit.6. ibi: *Et quod ifta lex intelligatur,quod ifti,ex coitu damnato,nati,non poffunt inftitui á parente,& quod non prohibeat quod à fratre ,vel alio pofsint inftitui cum hoc ita fit decifum iure communi,vt probatur in l.fi is qui ex bonis,ff.de vulgar. & pupillar. & notat glof.fingular. in Authent. quib.mod.natural. efficiantur fui, § fin.fuper verbo,participium, col.7. quæ communiter approbatur, & etiam ita intelligit Azor ex cuius dictis fumpta eft ifta lex,&c.* Y lo mifmo tuuo el feñor Gregorio in dict.l.10.tit 13. partit.6. verbo, *la manda*, Roxas in epithom.fucceffor.cap.12.num.32.& in cap.20.nu.46.verf. *Sed ex teftamento non eft prohibitum cognatis,vel confanguineis,filijs fpurijs bona fua relinquere,&c.* Y copiofamente en el num.46.verf. *Ideò merito, glofa fupra allegata difponit,fpurium à confanguineis poffe inftitui,quã glofam,affirmat,effe fingularem Bart.in dict.l.fi is qui ex bonis,vbi Iafon num.3. idem Bart.in l. quod conditionis, num.2.ff.de donacion.cauf.mort.& in l.1.in princip.ff.de iur.fifc.& in l.fin.num.9.ff de hijs quibus vt indignis, & Bart.eam quam num.54.C.de fideicommif.& in cap.naturales fi de feud.fuerit controuerfia inter dom.& agnat. Alexand.conf.51.viffo themate, num.3.volum.2. Francifcus Marcus decif.258.part.1. Abb.in cap.cum haberet in fin. de eo qui duxit in matr. quam polluit per adulter. Silveftr.in fua fumma,verbo,filij,quæft.4.*

Num. 76.
Lugar copiofo de el Obifpo Iuã de Roxas in epithom. de fuccef.

Num. 77.

Y fe ha referido a la letra el lugar del Obifpo

Compruevase con el autoridad de otros muchos.

Iuan de Roxas, porque todos los Doctores antiguos, idem Dom. Molina lib. 1. cap. 23. num. 10. & 11. & lib. 2. cap. 11. num. 33. Mieres part. 2. quæst. 2. num. 56. vers. *Hinc etiam fit, quod licet, illi qui sunt ex damnato coitu, non possunt á parentibus hæredes institui, iuxta Authent. ex complexu, C. de incest. nupt. cum materia. á fratre tamen, vel ab alio filius spurius, & ex damnato coitu potest hæres institui, &c.* Ioan. Gutierrez practicar. lib. 3. quæst. 55. num. 38.

Num. 78. El pariente de parte de padre puede fundar mayorazgo en el espurio, y llamarle a la sucession del.

De todo lo qual se infiere llanamente, que los parientes de partes de padre pueden fundar mayorazgo en el espurio, ó llamarle a la sucession de el, lo resolviò el señor Molina lib. 2. cap. 11. num. 33 Mieres part. 2. quæst. 2. num. 56. & Ioan. Gutierrez practicar. lib. 3. quæst. 55. num. 38. & 39. y el Padre Molina de iustit. & iur. tractat. 2. disputat. 650. num. fin. y los Adicionadores a el señor Molina dict. lib 2. cap. 11. sobre el num. 33. que refiriendo a el Padre Molina dize: *Quod á consanguineo, vel extraneo, spurius vocari potest ad maioratum post primum ad eum vocatum, esto, illum instituat in legitimo, aut in illegitimo.*

Num 79. El señor Molina resolviò lo mismo fundado en el proprio discurso.

Y assi por ser en este caso el espurio capaz de sucession, no es dudable que aunque don Agustin fuera espurio, que no lo es, pudo elegirle y nombrarle el dicho don Alonso su tio, y vltimo posseedor de los dichos mayorazgos, segun en terminos de eleccion lo resuelven el señor Molina lib. 2. cap 4. num. 9. fundado en nuestro mismo discurso, por que dize en esta manera.

Num. 80. Refiere a la letra el lugar del señor Molina, y se comprueua con otros, sin que esta opinion tenga contraditor.

Ex eadem etiam conclusione infertur, eum, cui libera eligendi facultas á maioratus institutore relicta, vt descendentem, vel consanguineum eiusdem, etiam spurium, ad eius successionem nominare possit, posse eligere filium spurium ipsius eligentis, si alias descendens, vel consanguineus testatoris sit, cum enim ea hæreditas, non ab ipso eligente, sed ab institutore capiatur, consequens est, vt ad eius successionem eligi possit filius spurius eligentis, qui ab institutore maioratus eiusdem successionem capere possit, quod eleganter dixit Paulus de Castro in l. si is qui ex bonis, num. 5. ff. de vulgar.

gar. cuius opinionem sequitur ibidem Alexand. num 8. & Ias. num. 7. quorum dicta refert & sequitur Peralta in l. vnum ex familia, §. rogo, ff. de legat. 2. num. 6. & Dom. Anton. de Padilla in dict. §. si de falcidia, num. 2. Y siguiendo a el señor Molina, tiene lo mismo de que en este caso se puede elegir a el espurio Caldas Pereyra part. 3. de potestat. eligend. cap. 13. num. 4. Carpio de execut. & commiss. lib. 2. cap. 19. num. 19. vers. *Is commissarius filium suum sperium nominare potest ad maioratum, distributionem, patronatum, aniuersarium, si aliás, vt descendens, vel consanguineus vocatus inter alios existat, cum tùnc non à commissario eligente, sed á testatore capiatur.* Y los Adicionadores a el señor Molina lib. 2. cap. 5. sobre el num. 4. & 5. vers. *Ampliatur.*

Num. 81. *Auiendo sido la facultad de elegir entre descendiẽtes, per verba naturalia, carece el caso de duda.*

Lo qual carece de duda quando prout in præsenti el llamamiento fit per verba naturalia, como es la palabra, *descendientes*, que conviene a todo genero de hijos legitimos, ilegitimos, naturales, y espurios. porque como queda advertido, la facultad para elegir fue de descendientes simpliciter, sin añadir la calidad de legitimos, como alegando a otros, y a muchas decisiones de la Rota, lo resuelve Noguerol allegat. 28. num. 60. & allegat. 37. num. 55.

Resolutio Sexta, & vltima.

Num. 82. *Quando en el derecho de don Agustin huuiera alguna dificultad, no la puede auer en el de su hijo, siendo como es descendiente con la calidad de legitimo y natural, y en materia de eleccion.*

¶ Mas dado que respeto de don Agustin huuiera alguna dificultad, que de ninguna manera la viene a auer, entraua el derecho de don Tomas su hijo, que por concurrir en el susodicho la calidad de legitimo, y natural, y ser en materia de eleccion, no se puede dudar el auerle podido elegir y nombrar el dicho don Alonso, porque la duda en materia de sucession de mayorazgo, sobre si el hijo legitimo y natural, descendiente de el natural, ò de el espurio, deue suceder en el mayorazgo adonde està llamado el descendiente con calidad de legiti-

mo

mo y natural, es solo en caso de que el fundador sea ascendiente, abuelo, ò visabuelo.

Num. 83. *Quando no es en materia de eleccio fueron muchos de opinion, que el hijo legitimo y natural de el espurio ha de preferirse.*

Y aun en este caso estan dos opiniones encontradas: La vna de muchos Doctores que la resuelven en fauor de el nieto legitimo y natural, hijo, ò descendiente de el espurio, como son, Paulo de Castro in l. Gallus, §. quod si res, ff de liber. & posthumis, & ibidem Iason num. 23. Cephalo consf. 103. lib. 1. Francisco Beccio consf. 138. lib. 2. Pancirolo consf. 169. lib. 1. Vincentio de Franchis decis. 27. num. 7. Mieres part. 2 quæst. 2. num. 48. & à num. 77. Caldas de nominat. emphit. quæst. 19. nu. 38. Alexand. Trentacinq. variar. lib. 1. tit. de nothis & spurijs, resolut. 2. num. 2. Tiberio Deciano responsf. 435. lib. 4 y otros que refiere el señor don Iuan del Castillo lib. 5 cap. 103. à num. 1. vsque ad num. y los Adicionadores a el señor Molina lib. 2. cap. 11. sobre el num. 26. hasta el num. 30. vers. *Limitatur tertio, &c.*

Num. 84. *La otra opinion fue contra el hijo legitimo y natural, ò descendiente de el espurio.*

Y la otra contra el hijo legitimo y natural de el espurio, como son, Alexander in dict. l. Gallus, §. quid si tãtum, ff. de liber. & posthum. Tiraquell. de primogen. quæst. 12. num. 14. Gabriel Paleoto de noth. & spur. cap. 53. num. penult. Peregrin. de iur. fisc. lib. 3. tit. 18. num. 54. y el señor don Iuan del Castillo lib. 5. cap 67. num. 31. vers. *Dubium autem*, & cap. 103. à num. 11. y otros que refieren los Adicionadores a el señor Molina dict. lib. 2. cap. 11. sobre el num. 26. hasta 30. vers. *Alij vero contrarij sentiunt.*

Num. 85. *Distincion con que se componen las dos opiniones que viene a ser en fauor de el hijo legitimo y natural del espurio, aunque no fuera en mayorazgo de eleccion.*

Y esta controuersia entre los Doctores referidos, hablando en el caso de que el ascendiente sea el fundador, se compone con la distincion que traé los Adicionadores a el señor Molina dict. lib. 2. cap. 11. sobre el num. 26. hasta el 30. vers. *Cæterùm in hac Doctorum controuersia*, diziendo, que si quedan descendientes legitimos y naturales de el fundador, entonces deue observarse la opinion de los que tienen que ha de ser preferido el legitimo y natural; mas quando no quedan descendientes legitimos

gitimos de el fundador de el mayorazgo, entonces deue guardarse lo contrario para que aya de admitirse y preferirse el hijo legitimo y natural de el espurio.

Empero en el caso de este pleyto, que el fundador no es ascendiente de los opositores, si no transversal, que pudo fundarlo en el espurio, y llamarlo a la sucessión de el, mucho mas bien aurà lugar en el hijo legitimo y natural de el espurio, y lo mismo pudo hazer el comissario, y el que tuuo el mismo poder y facultad que los fundadores, como fue el dicho don Alonso; y esta resolucion no padece duda alguna, ni tiene contradictor, siendo como son los dichos fundadores estraños transversales. En comprouacion de lo qual, por lugar mas selecto, se referirà el de Alexandro Trentacinquio, en sus varias resoluciones, lib. 1. tit. de nothis & spurijs, resolut. 2. en el num. 26. dum ita dixit:

Num. 86. *Resuelve este vltimo punto.*

Quarto, & vltimo, principalis conclusio procedit respectu patris, sed non respectu extranei, nam ab extraneo potest spurio relinqui, vel dari aliquid quodlibet titulo inter viuos, glos. in §. fin. Authent. quibus mod. natur. efficiant sui, in verbo, participium, & omnis ille dicitur extraneus, quem quis non habet in potestate, l. vnica, §. extraneũ, C. de rei vxor. & ideò Angelus in dict. §. fin. vers. Ex testamento, concludit, quod nepos spurius natus ex filio legitimo succedit ex testamento cognatis patris, licet non patri, neque abo. Hinc etiã est, quod Bald. in consi. 373. vol. 1. ait: Quod quãdo aliquid relinquitur Titio, & eius descendentibus, quod veniunt descendentes ex eo, licet sint spurij, quando sunt transversales, relinquentibus, & sic sunt spurij alieni, & non sui. Hinc etiam est, quod frater legitimus potest instituere fratrem spurium, & natum ex damnato coito, ita quod etiam bona paterna capiat per mediam personam legitimi instituentis ipsum spurium, Baldus in consi. 140. volum. 2 Guillermus Benedictus in repetitione, cap. Rainuntius, in vers. Et vxorem nomine. Adelasiam in 5. decis. num. 130. de testament. vbi ait: Quod spurius potest succedere, præterquam patri, omnibus alijs parentibus, tàm inter viuos, quám in vltima voluntate, si ei expresse

Num. 87. *Lugar selecto de Alexandro Trentacinquio, que se refiere a la letra.*

 relinqua-

relinquatur. Rursus ibi in vers. Absque liberis, el 2. n. 74. vbi ait. Quod licet spurius patri succedere prohibeatur, non tamen fratri, Cacialupus in l. si qua illustris, num. 86. in fin. C. ad Senatusconsult. Orphician. vbi inquit: Quod etiam spurij possunt institui à transversalibus, & possum eijs ex testamento, & per fideicommissum succedere, & Bart. in l. si is qui ex bonis, ff. de vulgar. & pupillar. vbi inquit. Quod licet naturalis, vel spurius, prohibeatur succedere patri, tamen non prohibetur fratri suo pupillo succedere etiam ex iudicio patris, idẽ tenet Guillelm. Benedict. in dict. cap. Rainuntius, vers. Ex vxore nomine. Adelasiam in 5. decis. num. 128. &c.

Num. 88. *Resuelve con Mieres, que quando no pudiera suceder don Agustin, era llano auer de suceder su hijo, etiam, aunque procediesse ex radice infecta.*

Y no se podiá oponer, que si no pudo don Alonso nombrar a el que fuesse espurio, por la misma razon de prouenir ex radice infecta, no se podià sustentar el llamamiento en el hijo de el espurio, aunque sea legitimo y natural. A que respondemos con el caso que trae Mieres part. 2. quæst. 2. num. 60. que dize assi: *Et ex hijs, & inferioribus potest determinari quæstio elegans, quæ mihi contingit in diverso advocationis, quidam impetrauit legitimationem in fauorem filij spurij, & fecit relationem quod erat filius naturalis, non spurius, & virtute illius legitimationis, fecit maioratum in illum filium spurium, & in illius descendentes in defectum, vocauit consanguineos: dubitatum fuit, an posito quod maioratus non valuit in personam filij spurij, potuit valere, & sustineri in personam nepotum, & aliorum vocatorum? negotium facit, l. cogi, §. hijs qui solidum, ff. ad Trebel. atque notanter scribit Rodericus Suarez in allegat. 27 Matienço in l. tit. 8. lib. 5. Recopilat. glos. 3. num. 8. fol. 219. Anton. Peregrin. de iure fisci, lib. 3. tit. 18. n. 91. pagin. 180. Ioan. Garcia de tacit. fideicommiss. num. 33. fol. 18. & facit quod scribo, part. 1. quæst. 2.* Y assi se espera, que qualquiera de los dos, padre, ó hijo, deue obtener en ambos mayorazgos. Salva *D. V.* C. &c.

L. D. Hermenegildo de Roxas y Tortosa.